

POR

D. DIEGO

DE QVESADA, VEZINO de la villa de Linares.

CONTRA

DON LVYS DE LAMAS,

vezino, y Ventiquatro de la ciudad de Baeça, como marido de doña Ysabel de Santisteuã, y con doña Maria de Quesada, viuda de Antonio del Iesus.

Impresso en Granada, en casa de Blas Martinez, mercader de Libros, en la calle de los Libreros. Año de 1634.

EL punto que me tocò defender en Estrados, y fūdar despues en derecho, es la exclusion de doña Ysabel de Santisteuan, porque el excluyr a doña Maria de Quesada toca a mis compañeros: y aunque sobre lo vno y otro està escrito tan doctamente por el Licenciado don Hermenegildo de Rojas, que nos pudiera mos todos escusar de tomar la pluma, con todo por cumplir con la parte procurarè con breuedad fundar la exclusion de la dicha doña Ysabel.

La qual pretendemos por tres medios. El primero, que faltò la condicion debaxo de que se hizo la reserua de poder la fundadora nombrar sucessor para el vinculo y mayorazgo que fundò en 24. de Iulio del año de 602. y que assi no pudo tener efeto la dicha reserua. El segundo, que aunq̃ no huuiera faltado la condicion la facultad de nō brar la reseruò doña Maria de Quesada solamente para si, con que no fue transmissible, ni la pudo ceder a otra persona, y que aun quando pudiera no la dio a doña Ysabel de Quesada vltima posseedora. El tercero, que quando doña Ysabel de Quesada huuiera podido nombrar successor, fue nulo el nombramiento y eleccion que hizo de la dicha doña Ysabel de Santisteuan, por no ser parienta de la fundadora, y porq̃ quando fuera cierto el parentesco que pretende, no es por parte del padre de la fundadora, ni dela familia de los Quesadas.

PRIMERO MEDIO.

1 ¶ No se duda por las partes, de que por la escritura de donacion entre viuos de 24 de Iulio del año passado 602. Doña Maria de Quesada

da fundasse vinculo y mayorazgo perpetuo, no restringido a los llamamientos que hizo, porque las palabras de *vinculo y mayorazgo*, y de perpetuydad, todos los llamamientos, y otras muchas cõjecturas que concurren en la dicha fundacion, lo denotan claramente. Ni menos que la dicha fundacion se hiziesse por via de donaciõ entre viuos irreuocable, con las clausulas de irreuocabilidad y firmeza de la *l.* 17. de Toro, y que alli consideran los del Reyno.

2 ¶ Y assi doña Ysabel de Santisteuan reconociendo esta verdad, solo se funda en el nombramiento que tiene de doña Ysabel de Quesada, y que la susodicha lo pudo hazer por la facultad q̃ le dio la fundadora, y que se la pudo dar por la reserua que en la dicha escritura de fundacion hizo.

3 ¶ Pero lo cierto es, que la dicha reserua fue condicional, y que faltò la condicion, porque se hizo por estas palabras: *Y si el dicho Bernardo de Quesada no tuuiere hijos, ni descendientes legitimos, suceda en este vinculo y mayorazgo la persona que yo nombrare por escritura publica, o testamento.* Y quando la fundadora por el testamento con que murio, su fecha en el mes de Agosto del año de 1610. vsò de la dicha facultad, y a el tiempo en que murio, es cosa constãte, que el dicho Bernardo de Quesada tenia dos hijos, y despues tuuo otros, y quando murio dexò vna hija, aquien instituyò por su heredera.

4 ¶ Con que no se pudo dudar faltò la dicha condiciõ, pues para que faltasse, bastaua que Bernardo de Quesada a el tiempo que se vsò de la dicha facultad, ò antes huuiesse tenido hijos, que statim que los tuuo, conditio defecta fuit, & amplius reuiuiscere non poterat, *l. ex facto, §. ex facto, & §. siquis autem, l. hæredibus, ff. ad Treb, l. filius fam. §. cum quis, ff. de legat. 1. l. cum vxori, C. quandò dies legati cædat, l. si quis hæredem 7. C. de institution. & substitut.*

ſtitut. elegãter Anton. Faber, *de erroribus, decad. 26. errore* 4. & eſt celebre illud conſilium Oldradi, 21. de quo late poſt innumeros D. Caſtill. *lib*. 5. *cap*. 89. *à num*. 3. *& n*. 11. *cum ſeqq*.

5 ¶ Y aunque quiſieramos referir, que no ſe deue la dicha condicion al tiempo de la muerte de Bernardo de Queſada ſe deuia dezir lo miſmo, pues dexò vna hija, con que era preciſſo faltaſſe la dicha condicion, aunque ſe concibieſſe en numero plural de hijos, *l. non eſt ſine liberis* 148. *ff. de verbor. ſignific. l.* 1. *C. de conditionibus inſertis*.

6 ¶ Y faltando la condicion, cierto es que ceſsò la diſpoſicion, o reſerua que debaxo de ella ſe hizo, *l. alterius, l. qui hæredi, §. fin. ff. de conditionib. & demonſtrationib.* aunque ſea en terminos de mayorazgos, y aya palabras de perpetuydad, ex Caſanat. *conſ*. 2. *num*. 28. *&* 31. *cum ſeqq*. D. Caſtill. *tom*. 6. *cap*. 119. *num*. 9. cum datum, ſeu conceſſum ſub certa conditione, ſemper ſub contraria cenſeatur ademptum, *l. aliquando, ff. de conditionib. & demonſtrationib. l. legata inutiliter, ff. de adimendis legatis*, Bart. *in l. Pater familias, num*. 4. *ff. de hæredib. inſtituend*. Petrus Surd. *conſ*. 294. *num*. 8. *vol*. 2.

7 ¶ A que no obſta la doctrina de el ſeñor Luys de Molina, *lib*. 1. *cap*. 6. *num*. 18. *&* 19. que limitò la deciſion de Oldraldo, *dict. conſ*. 21. en los mayorazgos de Eſpaña, quem ſequuntur plures adducti à D. Caſtillo, *dict. lib*. 5. *cap*. 89. *num*. 30. Menoch. *conſ*. 1006. *lib*. 11.

8 ¶ Porque el ſeñor Molina, y todos los demas ſe fundan en la perpetuydad de la ſugeta materia, y dizen que porque no ſe acabe el mayorazgo contra veroſimilem fundatoris mentẽ, que fue conſeruar perpetuamente ſu memoria (como ſe acabàra, ſi ſtatim que el grauado tuuieſſe hijos, cenſeretur conditio defecta) es preciſſo q̃ ſe repita la dicha condicion y grauamen tambien en los hijos, para que quando quiera que falten,

 ſucedan

sucedan los de mas llamados, y se cõserue la perpetuydad del mayorazgo.

9 ¶ Lo qual no sucede, ni puede tener lugar en nuestro caso, porque en el se supone, y es cosa cierta, que por la dicha escritura de fundacion quedò introduzido y formado mayorazgo perpetuo para todos los de la familia, por palabras que causaron perpetua continuacion y firmeza: y despues para poder el fundador nõbrar, ò gratificar a quiẽ quisiesse, puso la dicha cõdiciõ, q̃ no era necessaria para la cõseruaciõ del dicho mayorazgo, y naturaleza regular del, antes fue para peruertirla, dando facultad para poder llamar a otras personas de las que cõforme a la naturaleza y reglas de mayorazgos deuian suceder; y en este caso no ay duda que la condiciõ es personal, y que con el primer cumplimiento della cessò la dicha reserua y aditamento; porque como sin el estaua el mayorazgo fundado y capaz de conseruarse en la forma precedente, no es necessario repetir la dicha condicion para su perpetuydad: y assi cessando la causa por donde los Dotores inducen repeticion, no ay para que tratar de su efeto, sino entender limitadamente las palabras cõdicionales, sin sacarlas del grado, o persona a q̃ se aplicaron, *l. quæ conditio, ff. de conditionib. & demõstrat. l. seruus si hæredi 34. ff. de statu liberis*, optimè Cephalus, *cons. 710. num. 14. vsque ad 21. volum. 5.* vbi propterea subdit, quod non fit repetitio qualitatis non necessariȩ, quandò sola necessitas materiæ subiectȩ operatur, & inducit repetitionem, Alexan. *cons. 48. nu. 9. volum. 1.* Crauet. *cons. 357. num. 2. volu. 3.* pulchre addentes ad Dom. Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 26.* ibi: *Qui eleganter ait, quod non fit repetitio qualitatis non necessariæ, vbi sola necessitas proueniens ex natura dispositionis, inducit repetitionem, &c.*

10 ¶ Et hinc prouenit, que aun en los casos

sos donde todo el mayorazgo se concibe y forma desde su origen, sub conditione *si prior vocatus sine liberis masculis descesserit*, aunque por no extinguir el fideicommisso parezca forçoso que de grado en grado se vaya repitiendo la condicion, entiendese quanto a la primera parte della, videlicet, *si sine liberis*, pero no quanto a la calidad *masculis*, porque esta no es menester para que el mayorazgo se conserue, pues en las hembras nacidas del nieto o viznieto del primer llamado, puede continuarse por la naturaleza y reglas de los mayorazgos y costũbre destos Reynos, vt singulariter obseruant D. Molina *lib. 1. cap. 6. n. 26.* Carol. Ruin. *conf. 92. num. 10. & conf. 153. n. 8. volum. 2.* Socin. iunior, *conf. 126. á num. 14. ad 17. volum. 1.* Bernard. Laurent. *de potestate Regia, lib. 5. cap. 43. n. 29.* Gamma videndus, *decisione 355. n. 4. & 5. & n. 8. & 9.* D. Ioannes del Castill. *tom. 6. cap. 117. n. 29. cum duobus seqq.* & pluribus adductis elegãter Addentes ad D. Molin. *d. cap. 6. n. 26.* vbi testãtur verissimam & receptiorem hanc sententiam, & in supremo Senatu quam pluries comprobatam.

11 ¶ Porque no solo en las repeticiones tacitas, que necessariamente se han de conformar a la naturaleza del acto, por cuya ocasiõ se introduzẽ, pero aun en las expressas que se hazen, vsando de la diccion, *vt supra*, ò de otras palabras relatiuas, la repeticion ha de ser de la sustancia, y no de las calidades extrinsecas, y no necessarias ni conformes a la naturaleza regular del acto, ex textu *in l. si cui serui 55. §. 1. ff. de leg. 1.* vbi notant DD. *l. fin. §. Titia, ff. de liberat. legat.* Beroi. *conf. 115. num. 22. volum. 2.* Simon de Prætis, *conf. 80. ex n. 19. vsque ad fin. lib. 2.* Mantic. *de coniect. lib. 8. tit. 18. n. 63. & 64.* Cæsar Barcius, *decisione 4. n. 18. vers. Secundo facit*, Stephanus Federic. *de qualitatibus contractuum, cap. 29. n. 33.* y mejor que todos nos lo enseñò doctissimamente como siẽpre suele V. S. *conf. 97. n. 176.*

Y assi

12 ¶ Y assi supuesto que la dicha reserua, y repeticion de la condicion de ella no es necessaria para la conseruacion de la perpetuidad del mayorazgo, y que sin ella se puede conseruar muy bien, sucediẽdo los de la famalia por sus lineas y grados, segũ las reglas y naturaleza de los mayorazgos, *ex l. cũ quidam 24. iuncta l. cum ita legatur 33. §. in fideicommisso, l. vnum ex familia 69. §. rogo, l. cum pater 77. §. hæreditatem, ff. de legat. 2.* & traditis à D. Greg. *in l. 2. tit. 15. p. 2. verbo en España*, D. Moli. *lib. 2. cap. 4. num. 42.* Pater Molin. *disput. 593. n. 6.* Mier. 1. *p. q. 48. num. 49. & 94.* Dom. Castill. *lib. 2. cap. 22. à num. 3.* Fusarius, *q. 505. à num. 2.* Antonin. Amato *variarum, resolutione 1. n. 17.* Petrus Surd. *cons. 369. num. 14. & cons. 375. à num. 15. & 25. cum seqq. lib. 3.* no se deue en ninguna manera hazer la dicha repeticion, estendiendo la dicha condicion de persona a persona, pues no ay causa que induzga precisa necessidad de ello.

13 ¶ Y no se podrà dezir q̃ la dicha condiciõ de si Bernardo de Quesada no tuuiesse hijos, se puso solamente a la sucessiõ de las personas que nõbrasse la fundadora; y no a la facultad de nombrar, hoc est, que la dicha condicion se ha de referir a la palabra, *suceda*, y no a las demas *que yo nombrare*: de suerte que la facultad de nombrar que reseruó en si la fundadora fue pura, y solo la successiõ de las personas que nombrasse fue condicional, y que assi pudo nombrar legitimamẽte la fundadora como nõbrò sucessores, sin embargo que Bernardo de Quesada tuuiesse entonces hijos.

14 ¶ Porque quando esta interpretacion pudiesse, que no puede, ajustarse a las palabras, y mente de la fundadora, pues condicionandose el efecto de la eleccion y nombramiento, hoc est, la sucession de las personas nombradas, consiguientemente se ha de tener tambien por condicionada la causa, videlicet, la misma eleccion, cum ex virtu-

te

te & qualitate effectus, cognoscatur, virtus seu potentia causæ efficientis, *l. rem non nouam, circa finem, C. de iudicijs, & in proœmio institutio. §. quorum vtramq; viam*, Euerard. *in loco ab effectu à n. 2.*

15 ¶ Como quiera que se considere conseguimos nuestro intẽto, pues poco importa que la fundadora pudiesse nombrar, si no llegò el caso de poder suceder los nombrados, por auer faltado la cõdicion de tener hijos Bernardo de Quesada, y no auiendo podido suceder los nombrados, ni tenido efecto la eleccion, es lo mismo que si no se huuiera hecho, *cap. si electio, de electione, lib. 6.* D. Molin. *lib. 2. cap. 4. n. 38.* & ibi Addentes Surd. *cons. 64. numero 29.* Gutierr. *lib. 3. practic. quæst. 48. nu. 15.* Gama *decis. 383. num. 1.*

16 ¶ Y lo dicho procede con mayor razon, considerando, que aunque se refiera la dicha condicion solamente a la sucessìon de los nombrados, y no a la facultad de nombrar, concurren y militan todas las razones que arriba consideramos, para q̃ no se deua repetir la dicha condicion, ni estender de vna persona, y caso, a otro, pues de la misma suerte que la dicha reserua y facultad de nombrar no es necessaria para la conseruacion de la perpetuydad del mayorazgo, que ya quedaua fundado, tampoco lo es la sucessìon de los nombrados, porq̃ aunque se tenga por no cumplida, ni se repita la dicha condicion, y por esta causa no pudiessen suceder los nombrados, no por esso se extinguiria el dicho mayorazgo, pues se pudo conseruar muy bien en don Diego de Quesada, y en los demas de la familia, que despues del por sus lineas y grados deuã ir sucediendo.

SEGVNDO MEDIO.

17 ¶ Però quando sin perjuycio de la verdad

huuiera llegado el caso de poder vsar la fundadora de la facultad de nombrar que reseruo para si, esto solamente lo pudiera hazer en la forma y modo q̃ por la dicha reserua se dispone: porque como la fundacion del dicho mayorazgo se hizo por donacion entre viuos, si no es en virtud del pacto y reserua q̃ al tiẽpo della se hizo, no se puede despues alterar, añadir, ó reuocar en cosa alguna, *l. perfecta donatio, C. de donat. quæ sub mod.* cum adductis à D. Molina, *lib. 1. c. 8. à num. 21.* Ioan. Gutierr. *lib. 2. q. 53. & lib. 3. q. 101. á num. 6.* D. Castill. *lib. 3. cap. 10.* aunque interuẽga consentimiẽto del primero llamado, porque por el no se puede prejudicar a los demas de la familia, que a todos statim por la fundacion y su aceptacion se les adquirio derecho irreuocable, ex D. Molina, *lib. 4. c. 2. à nu. 73.* & ibi addent plures referunt D. Castill *lib. 4. controu. c. 5. nu. 23.* Fab. de Anna. *cons. 32. per tot.*

18 ¶ Y la reserua que por la dicha fundacion se hizo, fue solo para poder nombrar la fundadora en caso de no tener hijos Bernardo de Quesada, y assi la facultad de nõbrar fue personal en la dicha fundadora, textus *in l. si stipulatus fuerim 76. ff. de verbor. obligat.* ibi: *Si stipulatus fuerim illud aut illud quod ego voluero, hæc electio personalis est, l. si seruus vltima, ff. eodem,* & vtrobiq; notant DD.

19 ¶ De que resulta que solamente pudieron tener consistencia los nombramiẽtos que la dicha fundadora hizo, pero no pudo en manera alguna dar facultad al vltimo de los por ella nombrados, para que tambien eligiesse y nombrasse, porque siendo como es personal la facultad de nombrar: ita personæ cohæret, quod cum ea necessario extingui debet, *l. quia tale 14. ff. soluto matrimonio, l. 1. ff. de seruitutibus, l. 3. §. fin. ff. quibus modis vsusfructus amittatur, l. non solum 9. §. tale, ff. de liberatione legata,* nec in hæredes trãsire potest, ex iuribus iam adductis, nec

in

in alterum cesſione, aut alia diſpoſitione transferri, *l. ex pluribus 43. ff. de administratione tutorum, l. non ſolum 97. §. puellæ, ff. de ritu nuptiarum.*

20 ¶ Y en terminos que la facultad de elegir o nombrar ſea tan perſonal, que no pueda transferirſe ni paſſar a otro, probatur *ex d. l. ſi ſtipulatus fuerim 76. ff. de verborum obligationibus*, ibi: *Hæc electio perſonalis eſt, & ideò ſeruo, vel filio, talis electio cohæret; d. l. ſi ſeruus vltima, ff. eodem*, in hæc verba: *Si ſeruus aut filius familias, ita ſtipulatus ſit illam rem, aut illam, vtrũ ego vellim, nõ pater, dominus vé, ſed filius ſeruus vè deſtinare de alterutra debet*: dõde manifeſté deciditur, q̃ la elecciõ ſi ſe confiere en perſona del hijo, o eſclauo, por ſer perſonaliſsima, ellos miſmos la han de hazer, y no otra perſona alguna, aunque ſea el padre, o el ſeñor en quien ipſo iure paſſaua todo, y ſe les adquiria por derecho comũ: de ſuerte, quod ne momento quidem in ſerui, ſeu filij perſona ſubſiſtere poterat, *l. placet, ff. de adquirenda hæreditate*, y lo que eſtipulauan ſe juzgaua, ac ſi ipſe qui in poteſtate eos habebat eſſet ſtipulatus, *l. quodcumque, ff. de verborum obligationibus, l. ſeruus vetante, ff. eodem*, vbi etiam invito domino acquiſitio conceditur, y no pudiendo paſſar la facultad de elegir que reſerua en ſi el hijo o eſclauo a el padre, o ſeñor por miniſterio de la translacion y acquiſicion legal, por juzgarſe tan perſonal, que egredi perſonam ſtipulãtis non poteſt, conſiguientemente ſe ha de confeſſar, que tãpoco podrà paſſar ex diſpoſitione hominis, cùm validum ſit argumentũ á diſpoſitione legis ad diſpoſitionem hominis, *l. ſi ita fuerit 13. §. fin. ff. de manumiſſ. teſtam.* Euerard. *loco* 46. Barboſa, *loco* 36. *n.* 2. quinimo potentiùs ſoleat operari diſpoſitio legis quam hominis, *l. Iulianus, ff. de condit. & dem.* D. Paz *de tenut. c.* 10. *n.* 21.

21 ¶ Et ideò, que la facultad de elegir no ſe puede ceder ni transferir en otro, tradunt pro conſtãti Bart. *in dict. l. ſi ſtipulatus fuerim, num.* 1. 2. & 6. quem

ſequun-

sequntur Angelus, Immola, & cæteri ibi præsertim Ias. *num.1. & 6*.D.Molina, *lib.2.cap.4.num.63*.Pater Molina *tom.3.de iustitia & iure, disp.592.n.fin*.Cifuétes, & cæteri Regnicolæ in *l.31.Tauri*, Petrus Surd. *consil.433.n.16. & 17.lib.3.*

22 ¶ Y no se podrá dezir que esto se entiende en vida del que deue eligir, pero que post mortem suam bien se puede transferir en otro, o por via de herencia, o de legado, *d.l.si stipulatus fuerim 76.ff. de verborum obligationibus, l. si sic legatum 75.§.fin.ff. de legat.1.*

23 ¶ Porque aunque en la interpretacion de estos textos ha auido varias sentencias, la distinciõ recebida y cierta es, que se han de entender quãdo la eleccion non competit de per se, sed accessorié, & in consequẽtiam alicuius obligationis, seu iuris alternatiui præambuli, porq̃ entonces como aquella obligaciõ o derecho es alternatiuo, y se puede trãsferir en el heredero, o legatario, in consequentiam transmittitur, & venit facultas eligendi, tanquam cohærens inseparabiliter dictæ obligationi, que es lo que sintio el Consulto in *dict.l.si stipulatus fuerim*, ibi: *In hæredes tamen transit obligatio, & ante electionẽ mortuo stipulatore*, donde se ha de notar, que no dixo in hæredes transit electio, sino solamente, *trãsit obligatio*, porque la eleccion de por si no era transmissible, sino sola la obligacion, y passando esta, como era alternatiua, necessario & in consequentiam viene tambien la eleccion.

24 ¶ Però quando la eleccion no viene en cõsequencia de alguna obligaciõ alternatiua, nec fit nomine proprio, & ad vtilitatem ipsius eligentis, sed potius alterius, tunc como ella de por si sola es personal y no trãsmissible, y no ay derecho, o obligacion en cuya consequencia pueda passar, y competir, extinguitur cum persona, vt aperte probatur *ex l.cum quidam 24. l.vnum ex familia, §. rogo, ff. de legat.*

legat. 2. cum alijs similibus.

25 ¶ Esta distincion la prueuan en terminos Bart. *in d.l.si stipulatus fuerim,num.*5. & ibi etiam Albericus,*n.*1. Angel. Immol.& Iason, *n.* 3. *&* 6. Zasius,*n.*10. Cuiatius,*lib.*18. *Pauli ad edictum in eadem l.* Ant.Gom.*tom.*2.*variarum,cap.*11.*num.* 41. Flores de Mena ad Gammam,*decis.*18.D.Molina,*d.lib.* 2.*cap.* 4.*num.*62. Azeuedus,*in l.*5.*tit.*4.*lib.*5.*recopi.n.*17. & pluribus adductis D.Castill.*tom.*6.*cap.*183.*n.*8.

26 ¶ Y ajustando esta distincion textual, y comunmente recebida a nuestro caso,nullo modo la fundadora pudo transferir en otro la facultad de nombrar que en si auia reseruado, porque esta le competia sola,& de per se,sin dependencia ni conexidad de otra obligacion alternatiua,en cuya consequencia pudiera transferirse,nec ad vtilitatem,& commodum ipsius eligentis, sed potiús en vtilidad de la persona que se eligiesse.

27 ¶ A que no obstará la resolucion del señor D.Iuan del Castillo,*lib.*5.*cap.*87.*ex n.*25. que defiẽde,que en los mayorazgos por la naturaleza perpetua dellos, la facultad de nombrar que se da al primer sucessor se ha de tener por repetida en los demás.

28 ¶ Porque la dicha resolucion no es cierta, y se conuence con la distincion comun referida, y con lo que fundamos en el medio precedẽte, pues aunque se extinga la eleccion, no se acaba el mayorazgo,ni se cõtrauiene a su naturaleza;antes se conseruarà perpetua y regular.

29 ¶ Y assi en terminos de mayorazgos y emphiteusis defendieron lo contrario Caldas Pereira *de iure emphitheutico,q.*9. D.Gregor.*in l.*2.*tit.*15.*part.* 2.*glos.*13.*q.*3.*&* *in l.*32.*tit.*9.*part.*6. *verbo, no valdra, columna* 6. *vers. aduerte etiam,* Gabriel Pereira, *decis.*21.

30 ¶ Demas que las palabras de la fundacion

de nuestro mayorazgo son claras, porque por ellas se conoce que solo para si quiso reseruar la fundadora la facultad de nombrar, vt patet ibi. *Suceda en este vinculo y mayorazgo la persona que yo nombrare por escritura publica, o testamento*; y asi siẽdo claras ellas y la voluntad, no puede tener lugar la dicha controuersia, *l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de legat. 3.* & agnoscunt in puncto Pereira, *d. decis. 21. num. 4. 5. & 6.* Ant. Gamma, *decis. 206. num. 9. & 14.* Cabed. *decis. 143. num. 1. p. 1.* D. Castill. *d. c. 87. n. 22.*

31 ¶ Y salese de toda duda, aduirtiendo, que la fundadora por su testamento vsò de la dicha facultad, haziendo algunos nombramientos, con que la consumio, y no tuuo que transferir en otro, ni aun ella misma pudiera despues hazer mas llamamientos, aunque fuesse reuocando los primeros, argumento textus *in l. serui electione, l. huiusmodi, §. stichum, ff. de legat. 1. l. apud Aufidium, ff. de optione legata, l. 35. Tauri,* quæ est *l. 9. tit. 4. lib. 5. recop.* & vtrobiq; notant DD. Spino *in speculo testamentorum, glos. 1. n. 51.* Donel. *lib. 15. commentarum, cap. 2.* & in terminis electionis Azeuedus *in dict. l. 9. glos. no puede reuocar,* Mieres *de maioratibus, 1. p. q. 48. n. 45.*

32 ¶ Pero quando sin perjuycio de la verdad dixessemos que doña Maria de Quesada fundadora huuiesse podido hazer los nombramientos que hizo, y dar la facultad de nombrar que dio, lo cierto es que no la quiso dar, ni compitio a doña Ysabel de Quesada vltima posseedora, porque literalmente por la clausula del testamento de la dicha doña Maria se da facultad a Bernardo de Quesada para que a falta de los hijos y descendientes de Frãcisco de Quesada hermano de la dicha fundadora pudiesse hazer llamamientos, y nombrar sucessores: y luego dize: *Y acabados los dichos llamamientos que el dicho mi sobrino hiziere, el vltimo sucessor en el dicho vinculo, faltandole hijos y descendientes, pueda nombrar y nõbre a su*

a su voluntad: de suerte que el vltimo sucessor a quiẽ dio la facultad, fue de los llamados por Bernardo de Quesada, porque para que la tuuiesse se presuponen acabados los llamamientos que el susodicho hiziesse, y estos auian de ser a falta de los descendiẽtes de Francisco de Quesada, que por su orden dexaua llamados la fundadora; y assi siendo la dicha doña Ysabel de Quesada vltima posseedora descẽdiente de Francisco de Quesada, y no auiendo llegado el caso de los llamamientos, que se dio facultad a Bernardo de Quesada pudiesse hazer, en ninguna manera se puede pretẽder que tuuo facultad la dicha doña Ysabel para nombrar, pues no se le dio a la susodicha, ni llegò el caso en que se concedio, y no se ha de hazer extension de vno a otro, *ex l. quæ conditio, ff. de condition. & demonstration.* mayormente no siendo la dicha facultad necessaria para la conseruacion de la perpetuidad del mayorazgo, antes contra las reglas y naturaleza del, como latamente se fundò en el primero medio.

TERCERO MEDIO.

33 ¶ Quando todo lo que queda dicho cessasse, y doña Ysabel de Quesada por algun camino huuiesse podido nombrar, deuia eligir a persona de la familia de la fundadora, porque siempre la facultad de nombrar se ha de entender secundum subiectam materiam, limitandola aũque sea muy amplia solamente a los de la familia y nombre del fundador, *l. filius famil. § cum pater, ff. de legat. 1. l. vnum ex familia, in principio, & in § 1. ff. de legat. 2. l. pater filiæ, ff. de seruit. legat.* ibi: *ne quod affectu familiæ datum est hoc ad exteros eius heredes transire videatur*, & formaliter tradunt Bartholomæus Socinus, *cons. 251. n. 1. vol. 2.* Paulus Paris. *cons. 44. n. 20. & 21. volum. 3.* Menoch. *consi. 497. num. 19. volum. 5. & cons. 1006. nu. 35. vol.* [illegible]

Dom.

Dom.Castill.*lib.5.cap.87.à num.* 34. Flor. de Men. in addit.ad Gamm.*decis.206.sub num.19.& 20. & n. 22.vers.vide quæ dixi,decis.193. & ex ibi dictis cõclude.*

34 ¶ Y la razon es, porque eo ipso que la fundadora quiso hazer mayorazgo, se presume q̃ quiso familiæ, & nomini suo prospicere, y asi solamente los que fueren de su familia y nombre podran suceder, *ex l.peto,§.fratre,l.cum ita,§.in fideicommisso,ff.de legat.2.*ibi: *Admitti possunt qui nominati sunt, aut post eos omnes extintos,qui ex nomine defuncti fuerint,* & ibi notant Bart.& cæteri, D.Molin.*lib.1. cap.4. num.13. & 17.*Cabedo *decis.123.à num.1.par.1.* Mieres *de maiorat.1.p.q.2.á num.64.& q.51.num.133.* Albarado *de coniectur.lib.2.cap.1.§.1.n.26.*& pasim omnes.

35 ¶ Desto resulta por dos caminos la exclusion precisa de doña Ysabel de Santisteuan muger de don Luys de Lamas. El vno es, porque la susodicha no tiene prouado el parentesco que pretende con la fundadora con la distincion de grados que se requiere, vt animaduertitur in prima huius partis allegatione, *n.27.* ni sus testigos dizen si el parẽtesco que Catalina de Mendoça visabuela de doña Ysabel tenia con la madre de la fundadora era por via legitima o no como deuian dezirlo, y era necessario se huuiera prouado por doña Ysabel, pues no basta prouar el parentesco y consanguinidad, nisi etiam ligitimitas probetur, vt in numeris adductis testatur D.Castillo,*tom.6.cap.124.per totum,maximè num.12.*

36 ¶ El otro medio o camino es, porque aũque se tuuiera por prouado bastantemẽte el dicho parentesco, con todo es cierto que doña Ysabel de Santisteuan no se puede dezir que es de la familia y nõbre de doña Maria de Quesada fundadora, porque el parentesco que pretende es por parte de Lucia de Mendoça madre de la dicha fundadora, con que totalmente viene a ser estraña de la familia de

la

la dicha doña Maria de Queſada, que fue la de los *Queſadas*, porque la familia de la ſuſodicha la conſtituyò Pedro de Queſada ſu padre, y no Lucia de Mendoça ſu madre, que eſta no la podia cõſtituyr, antes fue fin de la ſuya, iuxta *l.pronunciatio, §.fin. l. familiæ, §.fœminarũ, ff. de verborum ſignificatione, l. Iureconſultus, in princi. ff. de gradib. l. aduerſus, C. de crimine expilatæ hæreditatis, l. quicumque,* cum ſimilibus, *C. de re militari, lib.* 10.

37 ¶ Y aſsi aunque la dicha doña Yſabel ſea cognata de doña Maria de Queſada fundadora y parienta por parte de ſu madre no pudo ſer nombrada, ni deue admitirſe a la ſuceſsion del dicho mayorazgo, quia non eſt de familia, nec de nomine ipſius, *l.1. in fin. ff. de iur. immunit.* & notabiliter tradit Bartolus *in d. l. cum ita, §. in fideicommiſſo, num.* 3. *&* 4. *ff. de legatis* 2. ibi: *Appellatione enim familiæ diuerſimode accipitur, vt dixi in l. in princ. ſupra ad Syllanianum, in iſtis noſtris partibus appellatione familiæ nõ continentur cognati; non obſtat quod ſint exequati agnatis, quia verum eſt quoad ſucceſsionem ab inteſtato*, idem Bart. *in l. ſi cognatis, num.* 2. *ff. de rebus dubijs*, Peralta *in d. §. in fideicommiſſo, nu.* 24. *cum ſeqq.* Ripa *in l. filius familias, §. diui, nu.* 110. *cum ſeqq. ff. de legat.* 1. Menoch. *conſ.* 233. *à num.* 15. *cum ſeqq.* Peregrinus *conſ.* 42. *lib.* 5.

38 ¶ Et hinc eſt, que en los fideicommiſſos o vinculos familiares aun los hermanos vterinos del miſmo fundador, por ſer pariẽtes por parte de madre, y aſsi no de ſu familia, no ſe tienen por llamados, ni pueden ſuceder, vt in puncto obſeruat Mantica *de coniecturis, lib.* 8. *tit.* 13. *numero* 3. *&* 4. Marta *de ſucceſsione legali, p.* 3. *q.* 4. *art.* 3. *num.* 6. *&* 7. ibi: *Secũdo declaratur, vt idem ſit ſi teſtator prohibuiſſet alienari bona extra familiam ſuam, vt in familia perpetuo remanerent, quo caſu perpetuum fideicommiſſum inductum eſſe probatur, in ff. nouiſsimis, tom.* 5. *tit. fideicõmiſſum, nam hoc caſu frater vterinus tantum excluditur, nec poteſt in*

 dicto

dicto fideicommisso vocatus intelligi, vt probat Manti. de coniect. lib. 8. tit. 13. num. 4. y en esta conformidad se juzgò en esta Chancilleria en fauor de doña Melchora Brauo de Morata, contra don Diego de Arguelles, en el pleyto que trataron sobre la sucessió del mayorazgo fundado por don Rodrigo de Giles hermano vterino del dicho don Diego.

39 ¶ Y lo dicho procede mas sin duda en nuestro caso, considerando que el que tiene facultad de elegir o nombrar, deue siempre seguir la voluntad o mente del fundador, no solo la expressa, pero tãbien la tacita o verosimil, argumento *legis cum seruus 81. ff. de conditionib. & demonstrationib. l. ab exhæredati substituto, ff. de legat. 1. l. postulante, ff. ad Treb. l. tale pactum, §. fin. ff. de pact.* optimus text. in *l. hæredes mei, §. fi. ff. ad Trebell. l. cũ pater, §. á te peto marite, ff. de legat. 2.* & tradunt Ruin. *cons. 28. n. 9. lib. 2.* Gozadin. *cons. 79. num. 9.* D. Castill. *lib. 2. controuersiarum, c. 26. á n. 18. 23. 26. & n. 85.* & feré per totum.

40 ¶ Y en nuestro caso consta de la tacita mẽte de la fundadora, y afeccion que tuuo a su familia paterna de los *Quesadas*, assi por llamarse del dicho apellido, como porque todos los llamamientos que hizo fue en fauor de sus parientes de la dicha familia, y assi en los demas llamamiẽtos, o nõbramientos que hiziesse qualquier sucessor deuia guardar el mismo orden y afeccion, *l. alumnos, ff. de manum. vind.* ibi: *In quo instruendo propensiorem animũ habuit, l. si seruus plurium, §. si numerus*, ibi: *Sed & mens patris familias, ff. de legat. 1. l. si locuples 57. ff. de fideico. libert.* cum adductis, *num. præcedenti.*

41 ¶ Con que concurre, que en los mayorazgos el principal intento siempre se juzga la conseruacion, perpetuacion, y lustre del nombre, apellido y armas de los fundadores, ex *l. cum filius, §. pater, ff. de legat. 2.* ibi: *Plus tribuas in honorem nominis mei*, cum vulgat. Detian. *resp. 7. num. 19. lib. 1.* Thesaur. *decis.*

*decis.276.á num.*19.Mieres, *2.p.q.4. illatione* 8.*nu*.30. *&* 33.Alexand. Raudens. *variarum, cap.*39.*num.*4. *& seqq.* Id circo, aunque no se imponga por el fundador grauamen de apellido y armas, attamẽ tienẽ los sucessores obligacion, y se les puede compeler a que se nombre del apellido, y traigan las armas del fundador, vt comprobant D.Molina, *lib.2. cap.*14.*á numero* 46.Pater Molin.*tom.3.disput.*615.D.Castill. *tom.6.c.*136.*n.*76.

42 ¶ De que resulta, que solamente se puedẽ tener por llamados y capazes para suceder los que pudieren cumplir el dicho grauamen, y conseruar el nombre, apellido y armas de la fundadora, ex *d.l.cum ita,§.in fideicommisso.ff.de legat.*2. ibi: *Qui ex nomine defuncti fuerint,* Tiberius Decianus, *d.respons.* 7.*á num.*17.27.*&* 33.*volum.*1.D.Molin. *d.lib.*2.*c.*14. *á n.*7.Cephal.*cons.*196.*á num.*11.15.*&* 22. Mieres, *2.p.q.4.illatione* 8.*n.*43.Peregrin.*cons.*70. *à num.* 22. *lib.*3.Y assi no siendo doña Ysabel del dicho apellido de *Quesada*, ni pudiendo conseruarlo, ni traer sus armas, es preciso se cõfiesse que no pudo ser nõbrada, ni puede suceder en el dicho mayorazgo, y que la fundadora si fuera viua no quisiera se admitiera persona en quien su familia, nombre y armas no se podia conseruar, antes quedaua suprimido, o perpetuamente extinto.

¶ Ex quibus omnibus, parece clara la exclusiõ de la dicha doña Ysabel de Santisteuan, y que la sucession del dicho mayorazgo se ha de regular por las reglas ordinarias, defiriendose a el pariente mas cercano de la fundadora, q̃ es don Diego de Quesada, como en su primera informacion latamente se fundò. Salua, &c.

El Licenciado Pedro Muriel de Berrocal.

Exclusion de doña Maria de Quesada.



Oña Maria pretende esta sucession, diziendo, que Iuan de Quesada su abuelo fue hermano legitimo y natural de la fundadora, auido de legitimo matrimonio, y assi le incumbe prouar concluyentemente esta calidad, porq̃ sin ella no puede obtener, l. ei qui, ff.de probat.l.1. C. quorum bonorum, l.Prætor, §. docere, & ibi Bart. ff. vi bonorum rapt l.1. §.quod autem, ff.ne quis in flumin.public. Gozad. cons 21. num.28. Tiber.Detian.cons.24.num.53. volum.4. Surd.cons.45.num.14. Alexã.cons.150. numer.1.& cons.154.num.etiam 1.lib.6.Ias.cons. 106. num. 6. vol.1.Dec.cons.310.in princip.Paris.cons.109. nu.1. Menoch.lib.3.præsumpt.1.num.1.& 2. & cons. 199. num.2.lib.2.Mascard.conclus.1023.Butrius in cap. peruenit,col.2.in fine,vers. *Aut filius agit*,& ibi Abb. num.4. qui filij sint legitim.Angel. in l. liberorum, num.2.ff.de his qui notantur infam. Roland. cons. 100.n.19.lib.2.Dec.cons.471.n.2. Stephan. Gratia plures referens,decis.89.n.4.Petra de fideicommis. q.11.n.471.& 475. vbi inquit: *Quod siue agat, siue cõueniatur semper is, qui allegat se filium alterius, & legitimum tenetur ad iuridicam probationem eius qualitatis.* Et inferiús ibi: *Quod si filius possideat hæreditatem, & conueniatur, vt proximus defuncti de cuius hæreditate agitur, & negetur legitimus debet ipse probare vinculum matrimonij inter defunctum, & matrem ipsius rei conuenti, neque prætextu possessionis, quam habet eximitur ab onere huius probationis, Seraphin. Oliuar. decis. 210. num.1.*

La

2 La prouança de que eran hermanos no es bastante, porque no la ay de los padres, cuyo grado (q̃ es el del estipite comun) ha de prouarse, vt fraternitas probata dici poßit, cap. licet ex quadam, & ibi gloss. verbo, *gradus*, de testibus, gloss. in cap. parentella 35. quæst. 6. Gregor. Lop. in l. 17. gloss. verbo, *alguno*, de los grados, tit. 9. part. 4. Parlad. 3. tom. q. 14. § 1. n. 6. & num. 7. & 8.

3 Tampoco bastára esta prouança, aunque la huuiesse simpliciter de que eran hermanos, porque es necessario prouarse el matrimonio de los padres, y que fueron auidos y procreados en el, aliás legitimitas non cẽsetur probata, optimé Ruin. cons. 63. num. 12. vol. 2. Marian. Socin. cons. 86. à numer. 26. cum seqq. Alciat. de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 1. vers. *Tertio limitatur*, quem allegat Menoch. lib. 5. præsumpt. 2. num. 36. ibi: *Filium in dubio non præsumi legitimum cum de causa legitimationis non constet, hoc est, de matrimonio inter eius parentes cum matrimonium sit quid facti.*

4 El testamento de la muger de Iuan de Quesada no haze prouança alguna.

Lo vno, porque la muger propria era parte interesada en nombrar a su marido hijo legitimo, aunq̃ no lo fuesse, y las palabras son enunciatiuas, las quales (etiam in antiquis) no bastan no siendo por lo menos de dos instrumentos de diuersas personas, Bald. in l. cum aliquis, num. 4. Salicet. num. 3. Castrens. num. 6. C. de iur. deliber. Crauet. de antiquit. part. 1. vers. *Ampliatur*, num. 14. & 19. Mantic. eos & alios referens, de tacit. conuent. lib. 2. tit. 6. num. 21. Alexand. Ludouis. decis. 50. num. 10. y no siendo las personas desinteresadas y sin sospecha, Aretin. in cap. cum causa, num. 13. in fine, & ibi Felin. num. 4. de probat. Achil. de Gras. decis. 8. nu. 1 Caputaq. decis. 337. lib. 3. numer. 6. Put. decis. 207. lib. 2. in princip. Nicol. Garc. de benef. p. 7. cap. 15.

num.24.Mant.d.lib.2.tit.6.n.fin.Dom. Castill.lib. 6.controuers.c.123.n.9.in fin.

Lo otro, porque las palabras enunciatiuas no hazen prouança, quãdo agitur principaliter de legitimitate ad succeßionem bonorũ, prout in hoc casu, ita in specie Ias. videndus, cons.106. n.fin. vers. *Quinto & vltimo*, Cephal.cons.540.n.34.lib.3. Crauet.de antiq.1.p.§.*Propositum*, nu.52.Menoch.cons. 81.n.23.Osasc.decis.Pedamont.76.n.12. Mantic.d. lib.2.tit.6.n.8.&9.Alex.Ludouis.decis.362.num.3. Mascard.concl.999.n.19.

Lo otro, porq̃ el testamento es traslado de traslado sacado sin citacion, y no consta de su original, & per cõsequens nullam fidem facit iuxta adducta in prima informatione.

Y los mismos defectos tiené las informaciones y papeles presentados por doña Maria, vt ex ipsis patet, y en la dicha primera informacion està respondido. A que se añade la prouança por parte de don Diego contra la dicha doña Maria, en q̃ viene a auer muchos testigos que alcançaron a conocer a Iuan de Quesada abuelo de doña Maria, y le trataron y comunicaron, y en particular doña Ana de Coçar viuda de Iuan de Porras cuñada de la fundadora, y Christoual de Porras criado de la fundadora, y Miguel de Iesus, y Simon de Porras, que todos dizen como Iuan de Quesada abuelo de la dicha doña Maria no era legitimo, y que fue auido y tenido por bastardo, y Rodrigo Aguado dize que siempre oyò dezir como era bastardo, y que en esta reputacion era tenido.

Dr. Bermudez de castro